

DIREITO DO CONSUMIDOR, REFORMA DO CDC E A CONSTANTE RENOVAÇÃO METODOLÓGICA DO DIREITO PRIVADO

CONSUMER LAW, REFORM OF THE CDC AND THE CONSTANT RENEWAL OF PRIVATE LAW

FERNANDO RODRIGUES MARTINS

Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Promotor de Justiça em Minas Gerais.
Associado-fundador do Instituto de Direito Privado. Diretor do BRASILCON.
Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Uberlândia.
Professor de pós-graduação da Universidade Federal de Uberlândia.
Coordenador do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFU.
frodriguesmartins@icloud.com

Recebido em: 20.07.2016

Pareceres em: 24.07.2016 e 25.07.2016

ÁREA DO DIREITO: Consumidor

RESUMO: A constante renovação do direito privado parte de relevantes causas, entre elas: o surgimento de novos atores com características diferenciadas; a revalorização do direito pela incidência de valores éticos; bem como o movimento ecumênico de promoção à pessoa humana. Modificados os valores, renova-se também a metodologia como processo científico de conhecimento e efetividade do direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito privado – Consumidor – metodologia – Solidariedade – Novas sociedades.

ABSTRACT: The constant renewal of private law part of relevant causes, among them: the emergence of new actors with differentiated characteristics; the revaluation of the law from the incidence of ethical values; as well as the ecumenical movement to promote the human person. The modified values, also renewed the methodology as scientific process of knowledge and effectiveness of private law.

KEYWORDS: Private law – Consumer – Methodology – Solidarity – New societies.

SUMÁRIO: 1. Introdução: o território do direito privado – 2. O direito privado a partir da fertilização: a sociedade – 3. O CDC e a nova metodologia do direito privado – 4. Considerações finais: o direito privado da aldeia global, reforma do CDC e o dever de aprimoramento sistêmico – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO: O TERRITÓRIO DO DIREITO PRIVADO

A chamada teoria das esferas independentes, responsável pela cisão científica do direito e pela distribuição da imputação normativa de forma diferenciada, tem reconhecido caracter no plano histórico das dicotomias. Em destaque, o direito privado, como bem delineado pelo *Code*, experimentou regime racional kantiano lastreado na vontade, enquanto o direito público, representando o templário do legislador pelo Estado *gendarme*, tinha por visio o interesse geral. As bases desse recorte originam do direito romano, afinal *‘hujus studii duae sunt positiones; publicum et privatum’*.¹

Anote-se que a metodologia de dicotomia, também à época liberalista, transpareceria ser mais utilizada. Neste sentido basta verificar que os espaços *dogmáticos-normativo* quanto ao sujeito de direito, ao contrato e à propriedade, no campo do direito civil, bem como as disposições comercialistas sobre conceito de comerciante, contratos mercantis e sociedades comerciais, são significativos para a demonstração de que mesmo no interior do direito privado erigia-se uma separação de todo insatisfatória e contraditória à luz da coerência e à ideia de sistema.²

1. Ulpiano (D. 1, 1, 2)

2. FRANÇA, Rubens Limongi. Direito privado. *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 461. Baseando-se nas lições de Teixeira de Freitas rememora: “*Bastariam estas considerações para ficar, de vez por todas, comprovada a viabilidade e mesmo a conveniência da unificação do direito privado em um corpo uno e orgânico. Disto já se tem cogitado ao longo do tempo e do direito comparado. Entre nós, já contava com o testemunho de Teixeira de Freitas, quando da elaboração do Esboço contratado em 1859. Tendo tido o apoio de muitos juristas, é de se ressaltar a opinião de Bulhões Carvalho, em 1900, quando da revisão do Projeto Beviláqua. Renasce a idéia em 1908, com a aprovação quase unânime do I Congresso Jurídico Brasileiro. Inglez de Souza, em 1912, à guisa da elaboração de um projeto de C. Com., preparou emendas destinadas a transformar aquele ordenamento em um Código de Direito Privado. Sustentou também essa bandeira o Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941, de Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães e Philadelpho Azevedo, voltando a idéia à baila, em 1943, no Congresso Jurídico Nacional, mediante tese apresentada por Benedito Costa Neto. Mas tal orientação só começou a vingar no Anteprojeto de Código das Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira, de 1962, reiterado pelo Projeto de 1965. Recentemente, foi retomada pelo Anteprojeto da Comissão de Juristas, de 1972, o qual ingressou no legislativo federal como Projeto 634 de 1975. De nossa parte, não podemos deixar de assinalar a conveniência dessa unificação básica. Mas é evidente que muitas matérias deverão ficar reguladas por leis extravagantes, como se dá com o estatuto das sociedades anônimas, sem o que seu insopitável desenvolvimento ficaria coarctado. Cumpre notar, porém, que isto também se deve dar no campo estritamente civil, do que é exemplo a legislação do condomínio e das incorporações imobiliárias”.*

Destarte, mesmo num mundo de discrepâncias, ainda é possível vislumbrar pontos de contato. E, de fato, entre o direito público e o direito privado já havia pequeno liame para essa interseção. Remarquem-se: a conhecida e diacrônica ordem pública (afinal *privatorum pactio juri publico non derogat*); as questões relativas à possibilidade de prisão por dívidas; e até mesmo o combate à usura (a depender da codificação). Mesmo que estanques, eram áreas de *eventual* encontro.

O estafe entregue pelo liberalismo ao direito privado (sempre com a advertência de que o direito reage conforme à época dos fatos sociais) foi de inspirar o Código Civil a diversas tarefas: i) atrelar à pessoa humana a figura virtual de sujeito de direitos (pronto a *sujeitar* ou *ser sujeitoado*); ii) mediante o caráter reflexivo entre direitos e obrigações (CC/2016, art. 1.º) e nesse ponto esquecendo-se dos deveres; iii) baseando-se numa ordem pública voltada à moral sexual (CC/2016, art. 219, IV); iv) onde o marido é o cabeça de casal (CC/2016, art. 233); v) e a propriedade como instrumento de direitos absolutos, pois ‘o dono é o senhorio da coisa’ (CC/2016, art. 524).

Se a codificação parte com tais valores, no plano da teoria do direito vislumbram-se enfoques presos à teoria da norma (*monismo normativo*), ao sistema hermenêutico pelo viés dedutivo-silogístico, onde os dogmas de adesão inquestionável ao positivismo, de culto à legislação racional e de que o legislador a tudo prevê são constantes. Eis aqui as causas subjacentes que dão concretude ao juízo apodítico kantiano (*dogmatha*) e à neutralidade do sistema jurídico, tudo sob a forte sindicabilidade da escala de justificação hierárquica, que reduz o direito num plano de validade formal.³

De forma eficaz esse quadro bem representa o plano de mercado relativo ao *homo faber* e ao *homo laborans*, onde é realçado que o melhor contratante é o melhor jogador e que cumpre ao comprador ater-se com os riscos dos vícios (*caveat emptor*) dos produtos, já que o vendedor é apenas astuto representante do comércio.

2. O DIREITO PRIVADO A PARTIR DA FERTILIZAÇÃO: A SOCIEDADE

Como não tarda a evoluírem as pessoas e os seus ambientes, a noção de isolamento clausulada pelo direito subjetivo logo é levada a campos de crítica dentro da própria dogmática privada, a começar pela teoria do interesse juri-

3. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 241.

dicamente tutelado, que esvazia a ideia da vontade do indivíduo pela vontade da norma.⁴

O problema que se põe é o próprio desnivelamento e insegurança causada pela análise da vontade não apenas nos contratos de trabalho, de locação e de fornecimento (onde a figura do contratante fraco sempre surge), mas nos próprios contratos interempresariais que passam a exigir fluidez, sem subterfúgios ao estado de consciência. Tenha-se o contrato, aqui, como racionalização do processo econômico.⁵

Não fosse isso, sedimentadas por novas ideologias as constituições do Estado social encarregaram o poder de novas tarefas, pois iniciam, para além de justificação de estruturas de governo e competências, a exigência de realização de serviços essenciais à população. Neste prisma, aquela noção de *status* de indivíduo perde-se para a compreensão jurídica de *status* de sociedade.⁶ É ela, a sociedade, a detentora dos grandes interesses e preocupações, frente a institutos jurídicos de direito privado ainda condicionados ao estruturalismo e desprovidos de funções capazes de reduzir as grandes ignomínias dos centros urbanos.⁷

Registre-se o que há de concreto como consequência desta nova manifestação constitucional: a modificação que foi levada ao longo dos tempos no sentido de ‘publicização’ do direito privado, mediante a inserção de regras de

-
4. IHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano – nas diversas fases de seu desenvolvimento*. v. IV. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, § 70, p. 220.
 5. RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 127.
 6. KANT, Immanuel. *Ideas para una historia en clave cosmopolita*: Madrid: Tecnos, 1987, p. 47. Justifica a sociedade: “El hombre tiene una inclinación a asociarse, porque en el estado de sociedad se siente más hombre, o sea, siente poder desarrollar mejor sus disposiciones naturales, pero también tien una forte tendència a dissociarse (aislarse) porque tiene en sí también la cualidad antisocial de querer dirigir todo hacia su próprio interés, por lo cual espera encontrar resistència en todas partes y sabe que, por su parte, debe tender a resistir en contra de los otros”.
 7. MENEGUELLO, Cristina. Espaços e vazios urbanos. *Plural de cidade: novos léxicos urbanos*. Carlos Fortuna e Rogerio Proença Leite. Coimbra: Almedina, 2009, p. 127. Examina: “Cidade: multidão de casas, divididas por ruas. Assim corria a definição do Dicionario Portuguez-francez e Latino editado em Lisboa em 1794. A essa definição quase ingênua, em que sobressai apenas o aglomerado populacional, rapidamente aprendemos a associar a ideia de espaço urbano como o da associação de cidadãos que decidem viver no mesmo lugar, sob as mesmas leis e governo. Espaço de negociações, de transformações urbanas, que podemos ou não associar ao espaço público como lugar dotado de significações”.

legitimidade e mesmo teleológicas (*ratio*) próprias do direito público que garantiriam melhor desempenho e justificação social dos grandes institutos do direito privado, a exemplo do contrato e da propriedade.⁸

Contudo, mesmo antes da ocorrência de transformações nas leis fundamentais, a dogmática do direito privado já partia para a busca de senso equilibrado e com fins sociais nos limites das relações entre particulares. Três vertentes demonstram essa convergência de propósitos.

Em primeiro lugar, o advento da função social que, iniciando pela propriedade, tem posterior adequação à teoria do contrato, e atualmente escapa para quase todos os institutos jurídicos do direito privado. Surte o reconhecimento de deveres jurídicos ao lado do detentor de poderes jurídicos quer em razão do direito subjetivo de propriedade, quer em consideração à figura de contratante. Em outras palavras, impõem-se finalidades sociais a serem cumpridas pelo particular.⁹

Em segundo lugar, no campo da responsabilidade civil, o fundamento da culpa se viu comparado ao sofrimento da vítima e à ausência de ressarcimento, dado o grau de dificuldade do lesado instar o lesante mediante provas. Inicialmente, a questão foi constatada na seara laboral¹⁰ (é clássico o exemplo do caso *Teffaine*). Posteriormente, a hipótese do dono da coisa que acabava ocasionando prejuízo a outrem, independentemente de lucratividade, senão pela própria atividade proprietária, foi capaz de ensejar nova interpretação ao disposto no art. 1.384 do *Code*.¹¹ Em ambas as situações o direito privado iniciou marcha sem volta ao fundamento do risco¹² dentro da responsabilidade civil, propiciando melhores rumos à indenizabilidade e ao enfrentamento do

8. GIORGIANNI, Michelle. *O direito privado e suas atuais fronteiras*. Trad. Maria Cristina de Cicco. *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. vol. 1., São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 275.

9. GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado*. Trad. Por José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedade Española, 1904.

10. SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, Paris: A. Rousseau, 1897.

11. JOSSERAND, Josserand. *La responsabilité du fait des choses inanimées*. Paris: A. Rousseau, 1897.

12. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celi-na. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 805. Os autores, com apoio a Cass Sunstein e Rip Viscusi, compreendem que o risco não apenas depende de fatores tecnológicos como socioculturais, dado que pode ocorrer *desvios cognoscitivos* por quem empreende ou participa de atividade. Anota-se a inexistência de 'intérprete neutro' na elucidação do risco.

dano em face do velho muro de arrimo outrora erguido pela culpa a favor dos burgueses (o que justificaria sua conceituação jocosa: uso irresponsável da liberdade, estado individual de ânimo ou defeito de inteligência).

Em terceiro lugar, contempla-se o surgimento de novo princípio a substituir a fraternidade, esse último de mero caráter populista. O solidarismo,¹³ como verdadeira prática da solidariedade, proporcionou a consolidação de mecanismos necessários à proteção da sociedade através de contratos com amplas perspectivas na área previdenciária e securitária. E igualmente a solidariedade serviu de princípio para melhor aplicação da responsabilidade civil e outros institutos civilísticos, como ainda significou o compartilhamento de deveres entre todos os membros da sociedade.¹⁴

Destarte, tem-se constituições voltadas à socialidade e acompanhadas, no máximo, de legislações esparsas, quando *a latere* disso a dogmática partia para a revitalização do direito privado. Mas de outro lado, ainda vigiam os velhos códigos como aríetes de um estruturalismo inquebrantável. Portanto, se opõem: sociedade e códigos.¹⁵

De qualquer forma, posteriormente, superando os cataclismos mundiais, o ‘governo dos direitos humanos’ haveria de erguer-se sobre o ‘governo dos homens’, permitindo a autocritica jurídica, a verificação da insuficiência dos sistemas, a necessidade de emancipação da humanidade, enfim a persuasão a partir de discursos mediante a participação de toda globalidade, oportunidade em que tratados transnacionais sobre a condição humana ganhariam espaços largos nas legislações internas.

3. O CDC E A NOVA METODOLOGIA DO DIREITO PRIVADO

Vale dizer: se anteriormente o Estado valia de sua força normativa para garantir os direitos individuais (especialmente quanto ao monumento sagrado do direito subjetivo), com a transformação para a esfera responsiva¹⁶ as finali-

13. DEMOGUE, René. *Le solidarism et la repartition des pertes*. Paris: Elibron classics, 1987.

14. BOURGEOIS, Léon. *L'idée solidarité et ses consequences sociales. Essai d'une philosophie de la solidarité: conferences et discussions*. 2. ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

15. MORIN, Gaston. *La révolte des faits contre le code*. Paris: B. Grasset, 1920.

16. NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 125. Assim explica: “Os três sistemas de direito, repressivo, autônomo e responsivo, podem ser vistos como três respostas ao dile-

dades sociais tornaram-se exigíveis. No direito estadunidense diz-se da passagem do realismo jurídico para a teoria sociológica do direito.¹⁷

Esta carga de direito *responsivo* é bem vista no Brasil a partir da Constituição de 1988. Aliás, neste prumo destaca-se inicialmente o princípio da igualdade manifestado três vezes num só dispositivo.¹⁸

Em termos de direito privado, a Constituição brasileira tem salto de qualidade, vejamos: *i*) encampou matérias de conteúdo privado; *ii*) indicou como *ratio decidendi* dispositivos jusfundamentais para a defesa da pessoa; *iii*) estabeleceu novos rumos a institutos clássicos do direito privado, tal como a propriedade (e função social), a responsabilidade civil (especialmente a ambiental), o contrato (e o regime de concorrência), a família (em afeto por igualdade: crianças e idosos);¹⁹ *iv*) o destaque de novo ator mercadológico: o consumidor.

A incidência desse novo ator, o consumidor, baseia-se sobretudo de duas formas iniciais, conforme o previsto no art. 5.º, XXXII, CF. Trata-se ao mesmo tempo de direito fundamental como dever fundamental.²⁰

Da leitura do dispositivo, resta claro que se trata de *dever fundamental* na medida em que encarrega o Estado da ‘*promoção*’ desse agente, o que supera o dever de *proteção*, pois conclama a emancipação da pessoa no mercado. Enquanto ‘*proteção*’ toma assento na ideia de direito material a emoldurar o objeto

ma entre integridade e abertura. A marca distintiva do direito repressivo é a adaptação passiva e oportunista das instituições judiciárias ao ambiente social e político. O direito autônomo é uma reação contra essa abertura indiscriminada, e focaliza sobretudo a preservação da integridade institucional. Por isso o sistema se fecha em si mesmo, reduz sua responsabilidade com o ambiente social e aceita como preço da integridade o formalismo cego. O terceiro tipo busca resolver essa tensão. Preferimos denominá-lo de responsivo, em vez de aberto ou adaptável, para sugerir a capacidade de adaptação responsável, ou seja, discriminada e seletiva. Uma instituição responsiva conserva a capacidade de compreender o que é essencial à sua integridade e ao mesmo tempo leva em consideração as novas forças do ambiente social”.

17. POUND, Roscoe. *Jurisprudence*. St. Paul, Min.: West Publishing, 1959, p. 350.

18. É o exemplo do art. 5.º, *caput*, da CF, confirmam-se os destaques em itálico: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

19. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

20. LOMBARDI, Giorgio. I doveri costituzionali: alcune osservazioni. *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle legge*. R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso e J. Luther (Coord.). Torino: G. Giappichelli, 2007.

de tutela, 'promoção' significa projetar além do que é, encaminhar para posição superior: tutela propositiva.²¹

É igualmente *direito fundamental* a partir do reconhecimento da projeção *qualificativa* que esse ator representa no mercado, pois pouco decide, sendo fatalmente objeto de decisões. Portanto, ademais da Resolução 39/248 de 09.04.1985 da Organização das Nações Unidas ter reconhecido sua extrema vulnerabilidade e a partir de então as constituições tenham inserido a proteção desse agente no mote de direito fundamental, vê-se aqui, igualmente, que a elevação à carga de jusfundamentabilidade tem assento no *paradoxo da positivação*.²²

Do conteúdo constitucional ainda se depara a presença da defesa do consumidor como princípio ou *ordem pública de direção* da Constituição econômica (CF, art. 170, V) no que reflete amplamente a preocupação da lei fundamental na noção de lucro sustentável, lucro legitimado, lucro sem danos! Está neste dispositivo constitucional assegurado que o projeto do desenvolvimento econômico nacional é ao mesmo tempo o projeto de vida econômica do consumidor.

Com a vigência da Lei federal 8.078/1990, o direito privado brasileiro foi contemplado com a incidência de valores há tempos conclamada pela sociedade civil. Inicia-se que a exigência de legislação de consumo não partia tão somente da simples alocação do discurso alusivo aos direitos humanos no corpo da Constituição Federal, senão por exigência da sociedade brasileira,²³ a exemplo do ocorria no mundo ocidental.

21. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro, 2008, p. 562. Ao abordar a União Europeia e o Tratado de Amsterdã reflete: "O objetivo é, portanto, aquele de apoiar ativamente os interesses dos consumidores: o verbo 'promover', de fato, constitui uma novidade no âmbito da legislação comunitária, enquanto evoca um comportamento propulsivo e propositivo voltado para uma efetiva promoção, em sentido dinâmico, dos direitos dos consumidores".

22. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 103. Explica: "Nesse sentido, há alguns direitos que estão baseados na maioria, já que sobre eles não pode haver opiniões 'razoavelmente' contrárias, como, por exemplo, o direito à vida. Pelo menos no plano das normas, trata-se de decisões amplamente fundadas na regra da maioria. No entanto, há numerosos direitos que não gozam da aceitação majoritária, e que têm categoria normativa por serem expressões das minorias ou da concepção pluralista da sociedade. Assim, os direitos fundamentais não têm necessariamente fundamentação majoritária".

23. RIOS, Josué. *A defesa do consumidor como instrumento de mobilização nacional*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998, p. 42.

De outro lado, a legislação consumerista representou: i) a reforma ética do direito privado, especialmente com a positivação da boa-fé como princípio fundante das relações de consumo; ii) a projeção da ideia de consumo como uma das perspectivas da pessoa humana; iii) a incidência de nova metodologia no direito privado; iv) a composição de conceitos próprios a par dos já existentes na legislação civil; v) a concretude dos direitos humanos através dos direitos básicos do consumidor (art. 6.º).

A metodologia proposta baseou-se na adoção de orientação de conteúdo (deixando para trás a corrente neutralidade outrora desenvolvida pela legislação civil), ademais travou perspectiva dinâmica, possibilitando a revisão dos contratos pela superveniência de fatos que rompessem a sinalagma funcional ou lesionassem a sinalagma genética. Quanto ainda abandonou a clássica noção de que entre os contratantes vigia antagonismo cético, para abraçar o modal de cooperação na convergência de interesses entre os partícipes do negócio jurídico. E, por fim, fincou perspectivas na dimensão coletiva da sociedade de consumo, permitindo a defesa em juízo da massa de utentes.²⁴

De fato, a vigência do Código de Defesa do Consumidor proporcionou o que a metodologia apregoava. A jurisprudência brasileira no que respeita aos contratos, à responsabilidade civil, à prestação de serviços tomou caminho diferenciado apto à melhor distribuição de encargos nos diversos planos da sociedade. Dessa sorte de ideias ao lado dos tribunais, instituições como o Ministério Público²⁵ e Procon permitiram profundo avanço na promoção con-

24. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 99-103.

25. PASQUALOTTO, Adalberto. A defesa coletiva dos consumidores no Brasil. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor*. vol. 6. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 611. Destaca entre os múnus: “*Controle preventivo de cláusulas abusivas. Através do inquérito civil, vem sendo realizado o controle preventivo das cláusulas contratuais abusivas. Conforme o seu texto original, o Código de Defesa do Consumidor autorizava o Ministério Público a efetuar controle administrativo, abstrato e preventivo das condições gerais dos contratos, tendo a sua decisão caráter geral. O dispositivo foi vetado, sob o argumento de que o exame da legitimidade de atos jurídicos é competência do Poder Judiciário. Nada obstante, subsistem na lei fundamentos que autorizam o controle administrativo. Sendo um órgão pro societate, o Ministério Público tem o dever de agir em matérias de sua atribuição legal. A lei faculta a qualquer consumidor ou entidade representativa requerer ao Ministério Público o ajuizamento de ação para declaração de nulidade de cláusula considerada abusiva. A prevenção é uma das finalidades do Código. A nenhum consumidor é exigido que primeiramente sofra algum prejuízo para somente depois demandar a sua reparação. Recebendo a reclamação, o Ministério Público instaurará o inquérito civil, previamente*

sumerista, cumprindo as funções constitucionais lhes reservadas enquanto órgãos procedimentais dos direitos fundamentais.

Evidente que com a vigência da nova ordem civil pela Lei federal 10.406/2002 o direito privado ganhou robustez em termos de cientificidade e efetividade, inclusive sob os préstimos da jurisprudência consolidada ao longo dos tempos quanto ao Código de Defesa do Consumidor. Daí o (re)estímulo na utilização da boa-fé, do abuso do direito e do equilíbrio contratual, permitindo-se a leitura coordenada das codificações.²⁶

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O DIREITO PRIVADO DA ALDEIA GLOBAL, REFORMA DO CDC E O DEVER DE APRIMORAMENTO SISTÊMICO

A despeito das inserções acima, não se pode dizer como uníssono que o direito privado enquanto conjunto de normas sagrou-se mais ‘humanizado’ ou ‘personalizado’ em dias atuais como estratégia corrente. Pensa-se que a humanização ou democratização humanitária do direito privado está a depender muito mais da orientação de conteúdo dos guindastes da hermenêutica utilizada pelo aplicador da norma, do que a norma mesmo em si. Afinal, os tempos que correm estão sob o domínio da *hermenêutica*.²⁷

E isso se diz tranquilamente, porque mesmo ao lado de normas dirigistas com causa subjacente na igualdade substancial, o desenvolvimento do merca-

ao ajuizamento da ação. Ou poderá instaurar ex officio o procedimento investigatório, com vistas à efetiva prevenção, que é assegurada como direito básico dos consumidores, e em atenção ao fato de que, sendo um dos órgãos legitimados à defesa coletiva, o inquérito civil é prerrogativa exclusivamente sua. No âmbito do inquérito, o conteúdo das cláusulas é discutido com o fornecedor, viabilizando-se muitos termos de ajustamento, que evitam demandas judiciais prolongadas”.

26. MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB/02. *Revista de direito do consumidor*. vol. 51. São Paulo: Ed. RT, 2004.
27. PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 52. Com apoio em Gadamer reflete: “A hermenêutica avança ainda mais um passo entrando na sua linguística, com a controversa afirmação de Gadamer de que ‘um ser que pode ser compreendido é linguagem’. A hermenêutica é um encontro do com o Ser através da linguagem. Ultimamente, Gadamer defendeu o carácter linguístico da própria realidade humana, e a hermenêutica mergulha nos problemas puramente filosóficos da relação da linguagem com o Ser, com a compreensão, a história, a existência e a realidade. Ela coloca-se no centro dos problemas filosóficos de hoje; não pode fugir às questões epistemológicas e ontológicas pois a própria compreensão é defendida como um tema epistemológico e ontológico”.

do global também se apresenta exigente dos lindes do direito privado, considerando a readequação de institutos conforme as necessidades econômicas da agenda mundial, especialmente a considerar: i) a fragilização das soberanias; ii) a ‘*transcontratualização*’ das variadas operações entre empresários e fornecedores de diferentes Estados-nação; iii) a propriedade sob o domínio múltiplo de inúmeros agentes com culturas diversificadas; iv) os negócios jurídicos virtualizados; v) a utilização desenfreada da biogenética para a questão alimentícia em detrimento ao meio ambiente; vi) a utilização do crédito com incidência direta sobre a folha de pagamento do trabalhador ou aposentado.

Como se vê, a sociedade é a mais inquieta de todas as manifestações da humana naturalidade.

A vulnerabilidade do consumidor é diacrônica. Isso quer dizer que se prolonga no tempo considerando as novas formas de negociação ou exposições a riscos desnecessários aptos a, senão incutir o dano, retirar o sossego. Dois modos recentes de contratação surgiram e ensejam de imediato o aperfeiçoamento da legislação consumerista considerando as manifestações do mercado global, conforme se viu.

Destaque inicialmente as contratações eletrônicas e o princípio da confiança. Quando da vigência do CDC, o comércio eletrônico era inexistente, sendo que as disposições sobre contratos na lei protetiva em vigência – a despeito de provida de cláusulas gerais de possibilidades amplas (v.g. CDC, art. 54, IV) – carecem de meios normativos mais específicos para a ampla promoção do agente destinatário final. Em suma: há disparidade entre a ampla utilização do comércio eletrônico e a existência de conteúdos normativos fundamentais!

Assim a tutela deve considerar: a proteção aos dados sensíveis do consumidor; o respeito ao sossego virtual e à privacidade; as informações claras sobre o sítio eletrônico e o modo de fornecimento de seus produtos ou serviços; as informações claras sobre a procedimentalização da negociação realizada com todo o respectivo *iter*; a proibição de oferta ou meio eletrônico convidativo sem a autorização do utente; o direito de arrependimento do consumidor; e a responsabilidade civil do fornecedor. O espaço eletrônico sendo democratizado não pode ser instrumento de abusos, daí com razão suficiente de sobra a aprovação do Projeto de Lei do Senado 281/2012, atualmente remetido à Câmara dos Deputados.

De outro lado, a popularização do crédito foi vertida inicialmente como política pública governamental, todavia sem os cuidados necessários sobre os efeitos imediatos que causaria na sociedade: o *superendividamento*, a compra desnecessária de produtos pelos consumidores, o acesso aos veículos novos

em detrimento ao transporte coletivo e ao espaço urbano de tráfego. Enfim, os efeitos se percebem piores que os benefícios.

Longe se vê que não se trata mais de trabalhar os institutos de revisão contratual ou de lesão, porque o superendividamento em si recai não sobre a prestação contratada senão sobre a pessoa do consumidor que perde a margem de conhecimento e controle de seus débitos. A causa é mesmo subjetiva. A considerar a vulnerabilidade, o correto a vindicar normativamente é justamente a inversão do risco de empréstimo, realçando que o crédito responsável exige avaliação de quem empresta. Aqui invertemos o adágio francês conhecido quanto ao pagamento:²⁸ “o agente econômico que empresta mal, empresta desprovido de boa-fé”. Tudo como sói do Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012, conhecido como Agenda Brasil, já remetido à Câmara dos Deputados.

A não aprovação de referidos projetos significa claro desrespeito ao dever de legislar e revela a proibição de insuficiência da norma jurídica aos reclamos sociais, ensejando *defeito de proteção* do Estado aos vulneráveis.²⁹

Vale dizer, pois, que a necessidade do avanço legislativo decorre das novas vicissitudes observadas no campo das modificações sociais. A chegada do comércio eletrônico, a facilidade do sobreendividamento de milhões de consumidores, o aumento dos riscos à personalidade e ao mínimo existencial nos

28. Vale o brocardo francês: “*qui paye mal, aura payé deux fois*”.

29. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Doutrinas essenciais de direitos humanos*. vol. 2. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 555. Esclarece: *Com efeito, a partir de desenvolvimentos teóricos formulados especialmente por Claus-Wilhelm Canaris e Josef Isensee, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção), encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência,⁵ de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo), razão pela qual não nos parece adequada a utilização da terminologia proibição de omissão (como, entre nós, foi proposto por Gilmar Ferreira Mendes), ou mesmo da terminologia adotada por Joaquim José Gomes Canotilho, que – embora mais próxima do sentido aqui adotado – fala em “proibição por defeito”, referindo-se a um “defeito de proteção”.*

campos virtuais, eletrônicos e creditícios demonstram que, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, não pode deixar a pessoa humana sem devida base de promoção e tutela, afinal se sabe que os fatos se revoltam contra as leis ineficazes e desatualizadas.³⁰

Entretanto, as reformas legislativas, por si só, nada significam se a hermenêutica (*emancipatória*, diga-se) não abrir a possibilidade de evolução dos textos jurídicos inserido nas leis.³¹ *Norma* somente se tem a partir da aplicação dos dispositivos ao longo dos códigos. Em outras palavras: norma é o que advém do texto legal seguido do exercício hermenêutico pelos operadores do direito ao caso concreto (*law in action*). O diálogo entre os acontecimentos sociais, a necessidade de legislação de apoio, bem como a expansão da hermenêutica permite observar a evolução sistêmica em busca da unidade do direito.

O dever de aperfeiçoamento sistêmico se impõe, como forma de ‘promover’ adequadamente o consumidor, sem que necessariamente os fundamentos do Código de Defesa do Consumidor sejam modificados ou substituídos, apenas às anteriores diretrizes somam-se novas exigências. Enfim, renova-se o direito privado com a mesma base matriz de sua anterior codificação, mas ao mesmo tempo sem que o *código esteja sob a revolta dos fatos*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOURGEOIS, Léon. *L'idée solidarité et ses consequences sociales. Essai d'une philosophie de la solidarité: conferences et discussions*. 2. ed. Paris: Félix Alcan, 1907.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- DEMOGUE, Ren e. *Le solidarism et la repartition des pertes*. Paris: Elibron classics, 1987.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito privado. Doutrinas essenciais obriga es e contratos*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado*. Trad. Por José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedade Espa ola, 1904.

30. MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code: la r evision nécessaire des concepts juridiques: contrat, responsabilité, propriété*. Paris: Sirey, 1.945, p. 11.

31. BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: 2010, p. 19-20.

- GIORGIANNI, Michelle. *O direito privado e suas atuais fronteiras*. Trad. Maria Cristina de Cicco. *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. vol. 1., São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 275.
- IHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano – nas diversas fases de seu desenvolvimento*. vol. IV. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.
- JOSSERAND, Louis. *La responsabilité du fait des choses inanimées*. Paris: A. Rousseau, 1897.
- KANT, Immanuel. *Ideas para una historia en clave cosmopolita*. Madrid: Tecnos, 1987.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LOMBARDI, Giorgio. *I doveri costituzionali: alcune osservazioni. I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle legge*. R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso e J. Luther (Coord.). Torino: G. Giappichelli, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB/02*. *Revista de direito do consumidor*. Vol. 51. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima; e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- MENEGUELLO, Cristina. *Espaços e vazios urbanos. Plural de cidade: novos léxicos urbanos*. Carlos Fortuna e Rogerio Proença Leite. Coimbra: Almedina, 2009.
- MORIN, Gaston. *La révolte des faits contre le code*. Paris: B. Grasset, 1920.
- NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 2011.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *A defesa coletiva dos consumidores no Brasil. Doutrinas essenciais de direito do consumidor*. vol. 6., São Paulo: Ed. RT, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro, 2008.
- POUND, Roscoe. *Jurisprudence*. St. Paul, Min.: West Publishing, 1959.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.
- RIOS, Josué. *A defesa do consumidor como instrumento de mobilização nacional*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.
- SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Paris: A. Rousseau, 1897.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Doutrinas essenciais de direitos humanos*. vol. 2. São Paulo: Ed. RT, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. São Paulo: Renovar, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização, de Cláudia Lima Marques – *RDC 103/55-100 (DTR\2016\656)*;
- Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor na parte referente ao comércio eletrônico, de Cesar Santolim – *RDC 83/73-82 (DTR\2012\450543)*;
- A atualização do Código de Defesa do Consumidor e a regulamentação do comércio eletrônico: avanços e perspectivas, de Guilherme Magalhães Martins – *RDC 95/255-287 (DTR\2014\10475)*; e
- Extrato do relatório-geral da comissão de juristas do senado federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012), de Antonio Herman Benjamin e Cláudia Lima Marques – *RDC 92/303-365 (DTR\2014\1228)*.